Étude générale

BP-180F

La Charte des droits et libertés et la Déclaration canadienne des droits : étude comparative

Bruce Carson
Division du droit et du gouvernement

Mai 1988

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1989

N° de cat. YM32-2/180F

ISBN 0-660-92634-2

THIS DOCUMENT IS ALSO
PUBLISHED IN ENGLISH

TABLE DES MATIÈRES

	Page
INTRODUCTION	1
LES DROITS PROTÉGÉS DANS LA DÉCLARATION ET LA CHARTE	1
A. Les deux textes en vigueur	1
B. Leur statut constitutionnel	2
C. Leur application aux divers paliers du gouvernement	3
D. Clause restrictive	3
E. Clause dérogatoire	4
F. La teneur des deux textes	5
1. Libertés civiles et politiques	5
2. Garanties juridiques	6
3. Droits à l'égalité	8
4. Droits linguistiques	9
5. Examen des projets de loi et de règlement par le ministre de la Justice	9
G. Conclusion	10
LA DÉFINITION DES DROITS DES CANADIENS: LE RÔLE DES TRIBUNAUX ET DES CORPS LÉGISLATIFS	10
ANNEXE A	

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS ET LA DÉCLARATION CANADIENNE DES DROITS: ÉTUDE COMPARATIVE

INTRODUCTION

La présente étude compare divers éléments de la Déclaration canadienne des droits de 1960 (la Déclaration) et de la Charte canadienne des droits et libertés de 1982 (la Charte). Il analyse les dispositions de la Déclaration qui, selon toute apparence, sont encore en vigueur ainsi que le rôle des tribunaux par rapport à celui des corps législatifs dans la définition des droits des Canadiens.

LES DROITS PROTÉGÉS DANS LA DÉCLARATION ET LA CHARTE

A. Les deux textes en vigueur

La Charte canadienne des droits et libertés est devenue partie intégrante de la Constitution du Canada grâce à l'adoption de la Loi de 1982 sur le Canada par le Parlement du Royaume-Uni. Cependant, la Loi constitutionnelle de 1982, qui renferme la Charte, n'annule pas explicitement la Déclaration canadienne des droits[1]. Certains auteurs soutiennent cependant que les dispositions de la Charte qui sont semblables à celles de la Déclaration annulent implicitement ces dernières.

L'article 26 de la Charte fournit quelques indications qui aident à établir si la Déclaration est encore en vigueur. Il prévoit que:

> Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada.

---

(1) Statuts du Canada, 1960, c. 44.

Cet article établit sans conteste que la Charte n'abroge pas expressément la Déclaration. Les droits et libertés qui sont garantis par la Déclaration mais exclus du champ d'application de la Charte ont donc encore force de loi. Autrement dit, une personne pourrait invoquer les dispositions de la Déclaration si elles lui étaient plus favorables que celles de la Charte.

La plupart des dispositions de la Déclaration sont reprises dans la Charte, dans des termes semblables ou plus larges. Une étude minutieuse de la Charte et de la Déclaration révèle qu'il n'y a pas de conflit effectif entre les deux textes, ce qui n'est pas étonnant étant donné la similitude de leurs objets.

L'effet de l'article 26 de la Charte semble être de rendre nulles et sans effet les dispositions de la Déclaration qui visent la protection de droits ou de libertés et qui figurent aussi dans la Charte.

B. Leur statut constitutionnel

La Charte fait partie de la Constitution et, par conséquent, elle ne peut être abrogée ou modifiée que par l'adoption d'une modification constitutionnelle. Cette exigence est formulée explicitement au paragraphe 52(3) de la Loi constitutionnelle de 1982, qui prévoit que "la Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle". Par définition, la Constitution du Canada comprend la Charte.

Il s'ensuit que celle-ci ne peut être modifiée qu'en conformité avec la procédure générale de modification établie au paragraphe 38(1), qui prévoit l'adoption de résolutions du Parlement et des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente au moins 50 p. 100 de la population de toutes les provinces.

Par contre, la Déclaration n'a pas été intégrée à la Constitution. Elle a été édictée par le Parlement fédéral en 1960 et elle peut être abrogée ou modifiée de la même façon, c'est-à-dire par l'adoption d'une loi fédérale ordinaire.

C. Leur application aux divers paliers de gouvernement

L'une des grandes différences entre la Charte et la Déclaration est que la Charte est obligatoire pour les deux paliers de gouvernement, alors que la Déclaration ne lie que le gouvernement fédéral. Bien qu'il soit précisé dans la Charte qu'elle s'applique aux deux paliers de gouvernement, il est difficile d'établir à partir du libellé du paragraphe 32(1) si les termes "Parlement" et "législature" suffisent pour étendre le champ d'application de la Charte à tous les organes de gouvernement, y compris notamment les ministres, les fonctionnaires, les municipalités, les conseils scolaires, les universités et les tribunaux administratifs. Dans leur interprétation des dispositions de la Charte, les tribunaux semblent, jusqu'ici, avoir donné un sens large à ce paragraphe, de sorte que la Charte s'applique effectivement aux agents ou organismes qui exercent des pouvoirs gouvernementaux.

La Déclaration ne prétend pas s'appliquer aux assemblées législatives ni aux gouvernements des provinces. Puisqu'il s'agit d'une simple loi fédérale, elle ne pouvait de toute façon s'appliquer aux lois ou pratiques provinciales. De plus, le libellé de la Déclaration indique clairement que les activités d'intérêt privé sont exclues de son champ d'application. La Charte diffère de la Déclaration à cet égard, bien que, dans l'ensemble, les décisions des tribunaux aient limité son champ d'application à l'activité gouvernementale.

D. Clause restrictive

L'article 1 de la Charte dispose que:

> La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Cet article permet au Parlement ou à l'assemblée législative d'une province d'adopter une loi qui limite une liberté ou un droit garanti par la Charte, à la condition que cette loi soit "raisonnable" et que sa "justification

puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique". Le seul moyen d'établir de façon concluante si une loi particulière viole la Charte ou si elle est valide en vertu de la clause restrictive est de soumettre la question aux tribunaux. En réalité, cet article s'adresse aux tribunaux; il vise à les aider à définir plus précisément la portée des droits et libertés garantis par la Charte.

La Déclaration ne contient aucune clause restrictive comparable à l'article 1 de la Charte. La plupart des libertés et, notamment, le droit à l'égalité devant la loi, la liberté de religion, la liberté de parole et la liberté de réunion et d'association y sont protégés sans réserve. À cet égard, la Déclaration s'inspire du Bill of Rights des États-Unis qui ne contient pas, lui non plus, de clause restrictive explicite. Cependant, les tribunaux n'ont pas interprété les garanties prévues dans la Déclaration canadienne des droits ou dans le Bill of Rights des États-Unis comme des droits absolus; ils ont reconnu la nécessité de les subordonner à d'autres valeurs communes. Ainsi, la liberté de parole doit être limitée par des lois contre la sédition, l'obscénité, les fraudes, la diffamation, la divulgation des secrets d'État, etc. Par conséquent, la Charte et la Déclaration ne divergent pas beaucoup du fait que l'une contient une clause restrictive et l'autre pas.

E. Clause dérogatoire

L'article 33 de la Charte permet expressément au Parlement fédéral ou à l'assemblée législative d'une province d'adopter des lois qui dérogent à certaines dispositions de la Charte. Si la déclaration de dérogation dont le libellé est prévu par la Charte est incorporée dans une loi, cette loi a effet indépendamment de la disposition de la Charte mentionnée dans la déclaration. On appelle cet article la clause "nonobstant" ou dérogatoire, parce qu'elle a pour effet de soustraire la loi contenant la déclaration à l'application des dispositions de la Charte mentionnées dans cette déclaration. Grâce à cette clause dérogatoire, un gouvernement qui veut édicter une limite à une liberté ou à un droit garanti par la Charte est habilité à le faire. Cependant, la clause

dérogatoire de la Charte ne s'applique qu'à l'article 2, portant sur les libertés fondamentales, et aux articles 7 à 15, portant sur les garanties juridiques et les droits à l'égalité. De plus, une déclaration de dérogation à la Charte est valide pour une période de cinq ans seulement et devrait être adoptée de nouveau pour rester en vigueur.

La Déclaration contient aussi une clause dérogatoire. Aux termes de son article 2, elle s'applique à "toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la Déclaration canadienne des droits". Cette clause "nonobstant" a une portée plus vaste que celle de la Charte, car elle s'applique à toutes les dispositions de la Déclaration et le Parlement n'est pas tenu de préciser les garanties particulières auxquelles déroge la loi adoptée.

F. La teneur des deux textes(2)

1. Libertés civiles et politiques

L'article 2 de la Charte garantit les libertés fondamentales suivantes: a) "liberté de conscience et de religion"; b) "liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication"; c) "liberté de réunion pacifique"; et d) "liberté d'association". Ces dispositions sont formulées de manière plus précise que les dispositions correspondantes de l'article 1 de la Déclaration, mais le fond est probablement le même.

La Charte contient cependant des modalités que l'on ne trouve pas dans la Déclaration: la reconnaissance du droit de tout citoyen de voter aux élections fédérales ou provinciales (article 3); une disposition limitant la durée du mandat de la Chambre des communes et des assemblées législatives provinciales à un maximum de cinq ans, sauf dans les circonstances spéciales précisées (article 4); et une disposition obligeant le Parlement et les assemblées législatives provinciales à siéger au moins une fois tous les 12 mois (article 5).

(2) Voir l'annexe A.

La Charte innove également en garantissant, à l'article 6, la "liberté de circulation et d'établissement", qui se compose des droits suivants: 1) le droit de tout citoyen "de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir"; 2) le droit de tout citoyen "de se déplacer dans tout le pays et d'établir [sa] résidence dans toute province" et "de gagner [sa] vie dans toute province", ce droit étant subordonné à d'importantes réserves.

Quant à la Déclaration, elle garantit, à l'article 1, la liberté de religion, la liberté de parole, la liberté de réunion et d'association et la liberté de la presse. Puisque toutes ces libertés civiles semblent bien visées par la Charte, il n'y aurait pas lieu d'invoquer la Déclaration pour les protéger, et ce recours serait probablement interdit. La Déclaration ne fait pas état des "droits démocratiques" (droit de vote et dispositions concernant les corps législatifs) ni de la "liberté de circulation et d'établissement"; ces droits et libertés sont garantis exclusivement par la Charte.

2. Garanties juridiques

Dans la Charte, les garanties juridiques font l'objet des articles 7 à 14. La Charte prévoit de nombreuses garanties juridiques fondamentales, y compris le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives (article 8); le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires (article 9); le droit à une procédure juste en cas d'arrestation ou de détention (article 10) et d'inculpation (article 11); le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités (article 12) et contre les témoignages incriminants (article 13); et le droit à l'assistance d'un interprète (article 14). À l'exception de l'article 8, qui est nouveau, un grand nombre de ces garanties juridiques reprennent celles de la Déclaration; de plus, certaines dispositions de la Charte portant sur la procédure criminelle vont plus loin que les modalités correspondantes de la Déclaration.

L'alinéa 2*a*) de la Déclaration interdit "l'exil" arbitraire de qui que ce soit. La Charte ne fait pas état de l'exil, mais la liberté de circulation et d'établissement comprend le droit de tout citoyen

d'entrer au Canada, d'y demeurer et d'en sortir. Cette disposition semblerait exclure la possibilité d'exiler un citoyen.

L'alinéa 2e) de la Déclaration prévoit que nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

> privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations.

La Charte ne garantit pas à tout citoyen le droit général à une audition impartiale pour la définition de ses droits et obligations. Son article 7 dispose que chacun a "droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne" et qu'il "ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale", mais il ne s'applique pas aux situations qui mettent en jeu des intérêts strictement économiques. Les autres garanties juridiques prévues aux articles 8 à 14 de la Charte visent souvent un aspect d'une audition impartiale, mais la plupart d'entre elles s'appliquent aux procès criminels; l'obligation d'accorder "une audition impartiale" et d'appliquer les "principes de justice fondamentale" ne s'applique pas aux poursuites civiles devant une cour ou un tribunal administratif. C'est là une lacune dans la Charte et, par conséquent, un domaine où il importe de maintenir la Déclaration en vigueur. La définition des droits et obligations d'une personne en vertu d'une loi fédérale reste donc subordonnée à son "droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale".

Une troisième garantie juridique qui est prévue dans la Déclaration, mais exclue de la Charte, est le droit de l'individu de ne pas être privé de la jouissance de ses biens, sauf "par l'application régulière de la loi". L'alinéa 1a) de la Déclaration garantit:

> le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

La disposition analogue de la Charte (article 7) ne fait pas état du droit de l'individu à la jouissance de ses biens; de plus, l'obligation de suivre les voies de droit régulières y est remplacée par l'obligation de respecter les principes de justice fondamentale.

L'omission du droit à la propriété est significative. À part les garanties prévues dans la Déclaration et la Charte, aucune disposition du droit constitutionnel du Canada ne subordonne l'expropriation au respect des voies de droit régulières ni ne prévoit l'indemnisation équitable de l'exproprié. Or, en pareil cas, l'alinéa 1a) de la Déclaration exige sans conteste l'application régulière de la loi, et il pourrait aussi imposer l'indemnisation équitable de la personne ainsi privée de ses biens.

Le 14e amendement de la Constitution des États-Unis, qui protège la vie, la liberté et la propriété et interdit d'y porter atteinte sauf par application des voies régulières de droit, a été interprété comme prévoyant l'indemnisation équitable des expropriés. Les tribunaux canadiens interpréteraient peut-être de la même façon le libellé similaire de l'alinéa 1a) de la Déclaration. La Charte, par contre, ne garantit même pas une procédure équitable, et encore moins l'indemnisation des expropriés. C'est là un autre domaine où il importe que la Déclaration reste en vigueur: elle protège les propriétaires s'ils sont privés de la pleine jouissance de leurs biens en vertu d'une loi fédérale.

3. Droits à l'égalité

La Charte et la Déclaration garantissent toutes les deux des droits à l'égalité. La portée du paragraphe 15(1) de la Charte est plus vaste que celle de l'alinéa 1b) de la Déclaration, car cette dernière ne traite que de l'égalité devant la loi, alors que la Charte dispose que "la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi". Ces diverses formules ont sans doute été incorporées dans la Charte en vue d'éviter des interprétations restrictives comme celles que les tribunaux ont attribuées au libellé de la Déclaration. De plus, les motifs de discrimination interdits sont plus nombreux dans la Charte (paragraphe

15(1)) que dans la Déclaration (alinéa 1b)); la Charte interdit notamment la discrimination fondée sur l'âge et sur les déficiences mentales ou physiques, motifs qui ne figurent pas dans la Déclaration.

En outre, le paragraphe 15(2) de la Charte reconnaît explicitement que les lois peuvent prévoir des mesures d'action positive (ou de promotion sociale, selon le libellé du paragraphe). La Déclaration ne fait pas état de l'action positive et, par conséquent, certains programmes en la matière auraient peut-être pu être jugés contraires à la Déclaration.

4. Droits linguistiques

Les articles 16 à 23 de la Charte protègent l'usage du français et de l'anglais. Ils confirment que le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada et du Nouveau-Brunswick et en prévoient l'usage dans les institutions fédérales et celles du Nouveau-Brunswick. L'article 23 s'applique à toutes les provinces; il confère aux Canadiens de la minorité de langue française ou de langue anglaise de chaque province "le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire", dans leur propre langue, à la condition que le nombre d'enfants soit suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité.

La Déclaration ne garantit aucun droit linguistique, sauf le droit à l'assistance d'un interprète.

5. Examen des projets de loi et de règlement par le ministre de la Justice

La Déclaration contient une clause d'exécution digne de mention qui n'est pas reprise dans la Charte. Aux termes de l'article 3, le ministre fédéral de la Justice doit en effet examiner tous les projets de loi et de règlement afin d'établir s'ils renferment des dispositions incompatibles avec la Déclaration et "signaler toute semblable incompatibilité à la Chambre des communes dès qu'il en a l'occasion".

Une seule incompatibilité a été signalée dans le passé, mais on peut supposer que le ministère de la Justice a parfois modifié des avant-projets de loi ou de règlement avant d'en établir la version

définitive. L'examen des lois et règlements fédéraux par le ministère de la Justice est sans doute l'un des effets de la Déclaration qui survivra à l'adoption de la Charte. Même si la loi ne l'y oblige pas, le ministère de la Justice élargira vraisemblablement le champ de son examen de sorte qu'il porte sur les violations possibles de la Charte aussi bien que de la Déclaration.

G. Conclusion

Comme nous venons de le montrer, la Charte reprend ou complète les dispositions de la Déclaration sur de très nombreux points. Cependant, la Déclaration va plus loin que la Charte sous trois rapports:

1) elle ordonne au ministre de la Justice de contrôler la conformité des projets de loi et de règlement avec ses dispositions et de signaler toute incompatibilité à la Chambre des communes;

2) elle garantit le droit de l'individu à une audition impartiale de sa cause pour la définition de ses droits et obligations;

3) elle garantit le droit de l'individu à la jouissance de ses biens et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi.

LA DÉFINITION DES DROITS DES CANADIENS: LE RÔLE DES TRIBUNAUX ET DES CORPS LÉGISLATIFS

Qui définit les droits des Canadiens: les tribunaux ou les corps législatifs? L'objet réel de cette question est l'effet de la constitutionnalisation de la Charte sur la doctrine de la suprématie du Parlement.

La doctrine canadienne de la suprématie du Parlement a été importée de Grande-Bretagne. En ce qui a trait aux droits et libertés, la suprématie du Parlement veut dire, en Grande-Bretagne, que la liberté individuelle ne jouit d'aucune protection constitutionnelle. Il n'y a pas de loi fondamentale et il n'y a pas de droits qui sont fondamentaux au sens

où ils bénéficieraient d'une protection constitutionnelle et juridique spéciale contre l'ingérence du Parlement. En effet, celui-ci peut modifier la Grande Charte, la Petition of Rights, l'Act of Settlement et le Bill of Rights ou en réduire la portée, bien que ces lois énoncent d'importants principes sur lesquels reposent les institutions britanniques. Les principales sauvegardes contre les abus de pouvoir du gouvernement et du Parlement ne sont pas vraiment applicables aux termes d'une loi. Elles se composent des conventions et arrangements constitutionnels, dont l'observation dépend de l'honnêteté et de la loyauté des ministres, de la vigilance de l'opposition et des députés, de l'influence d'une presse libre et d'un public bien renseigné, et de la possibilité de changer périodiquement de gouvernement au moyen d'élections libres et secrètes. En théorie, donc, le Parlement peut adopter n'importe quelle loi, même si elle porte gravement atteinte à une liberté civile précieuse(3).

Cette doctrine s'appliquait au Canada avant l'entrée en vigueur de la Charte, mais elle était assujettie à d'importantes limites. Comme le Canada est un État fédéral, sa Cour suprême, contrairement au plus haut tribunal de Grande-Bretagne, peut frapper de nullité une loi fédérale ou provinciale parce que celle-ci échappe à la compétence du corps législatif qui l'a adoptée, selon la répartition des compétences prévue dans la Loi constitutionnelle de 1867. Par conséquent, au Canada, le Parlement et les assemblées législatives provinciales jouissent de l'autorité suprême dans leurs domaines de compétence respectifs. L'adoption de la Charte, qui s'applique aux deux paliers de gouvernement, a encore réduit la suprématie du Parlement, car la validité des lois anciennes, aussi bien que nouvelles, doit maintenant être contrôlée non seulement par rapport à la compétence du corps législatif qui les a adoptées, mais aussi par rapport aux droits et libertés garantis dans la Charte. Ainsi, en plus de charger carrément les tribunaux de la protection des droits, la Charte soulève la question importante de son effet sur la doctrine de la suprématie du Parlement.

---

(3) Anthony Lester, "Fundamental Rights: The United Kingdom Isolated?", Public Law, 1984, p. 47.

Cette question a suscité un débat très intéressant car, aux termes de la Loi constitutionnelle de 1982, les dispositions de toute règle de droit qui sont incompatibles avec la Charte sont inopérantes. Certains soutiennent que par suite de cette primauté de la Charte, le pouvoir ultime d'élaborer la politique de l'État passera du Parlement aux tribunaux, qui sont chargés d'établir la conformité des lois avec la Charte.

Les auteurs de la Charte ont essayé de répondre à cet argument dans deux articles remarquables. L'article 1 autorise les corps législatifs à assujettir les droits et libertés à des limites raisonnables, alors que l'article 33 leur permet de déclarer expressément qu'une loi a effet indépendamment de certaines dispositions de la Charte. Ces modalités visent manifestement à établir un équilibre entre la suprématie du Parlement et la suprématie du pouvoir judiciaire.

Il semble y avoir trois écoles de pensée quant à l'effet de la Charte sur la suprématie du Parlement. Premièrement, certains soutiennent que la Charte ne modifiera que très peu ou aucunement les rôles respectifs des tribunaux et du Parlement(4). D'après les partisans de cette thèse, la Cour suprême du Canada ne cherchera pas à élaborer la politique de l'État, car les juges de cette cour ont toujours soutenu qu'il est préférable que les corps législatifs prennent en dernier ressort les décisions en matière de politique. Cette conclusion découle de ce que la Cour suprême s'est montrée peu disposée à appliquer la Déclaration canadienne des droits de 1960 aux lois fédérales. Pour justifier sa position, la Cour suprême a affirmé que la Déclaration devrait être interprétée étroitement en raison de son libellé et de son caractère non constitutionnel. Cependant, les partisans de cette thèse considèrent ces motifs comme de simples prétextes, car ils croient que la Cour aurait adopté de toute façon un rôle non interventionniste. Ils soutiennent que, de l'avis de ceux qui exercent le pouvoir judiciaire, particulièrement les juges de la Cour suprême du Canada, le pouvoir législatif est l'institution qui devrait établir la politique en dernier ressort et trouver les solutions de

---

(4) Berend Hovius, "The Legacy of the Supreme Court of Canada's Approach to the Canadian Bill of Rights: Prospects for the Charter," Revue de droit de McGill, vol. 28, 1982, p. 31.

compromis voulues aux conflits entre les valeurs de la société. Dans l'ensemble, cette attitude est conforme à la tradition du système judiciaire canadien.

Par ailleurs, le professeur William Lederman estime que le pouvoir judiciaire deviendra plus activiste. Il soutient que par suite de la constitutionnalisation de la Charte, les tribunaux indépendants et les corps législatifs démocratiques deviendront des collaborateurs, et non des rivaux, en tant que principaux décideurs dans un processus très complexe. À son avis, les auteurs de la Charte ont reconnu cette association des deux pouvoirs en y incorporant les articles 1 et 33. Ensemble, les pouvoirs judiciaire et législatif auront essentiellement le même rang et des fonctions complémentaires. Le professeur Lederman reconnaît que la Charte augmentera le pouvoir des tribunaux, mais il soutient que les pouvoirs judiciaire et législatif doivent continuellement chercher et trouver des points d'équilibre raisonnables entre eux, dans un esprit de collaboration au cours de l'exercice de leurs fonctions respectives(5).

Cette thèse peut être formulée comme suit: dans l'interprétation des lois par rapport à la Charte, les tribunaux chercheront à établir les expériences collectives communes découlant de la politique sociale édictée par le Parlement(6). Le rôle des tribunaux dans l'élaboration de la politique devrait se conformer aux objectifs établis par le Parlement. Si leurs décisions reposent effectivement sur des facteurs tenant compte de la politique législative, les tribunaux resteront subordonnés au Parlement.

Par conséquent, selon cette thèse, la constitutionnalisation de la Charte aide les tribunaux, car elle établit les valeurs fondamentales des Canadiens et fixe des critères à appliquer pour dissiper les ambiguïtés que contiennent les lois. De plus, elle oblige les juges à contrôler la conformité des lois avec des valeurs fondamentales. En réalité, le

---

(5) William R. Lederman, "The Power of the Judges and the New Canadian Charter of Rights and Freedoms", University of British Columbia Law Review, "Charter Edition", 1982, p. 10.

(6) Leo Barry, "Law, Policy and Statutory Interpretation Under A Constitutionally Entrenched Canadian Charter of Rights and Freedoms," Revue du Barreau canadien, vol. 60, 1982, p. 237.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Parlement exercera un contrôle plus immédiat sur le pouvoir discrétionnaire des tribunaux, car la Charte renferme des politiques qui ont force de loi. Selon cette thèse, la Charte, loin de constituer une menace pour la suprématie du Parlement, renforce en fait le pouvoir du Parlement de contrôler l'évolution du droit, en collaboration avec les tribunaux.

Le professeur Peter H. Russell, de l'Université de Toronto, fait partie d'une troisième école de pensée selon laquelle la constitutionnalisation de la Charte fournit aux tribunaux une magnifique occasion de participer encore davantage à l'élaboration des politiques, au point que, dans certains cas, le pouvoir judiciaire supplantera peut-être le pouvoir législatif dans ce domaine. Il signale que dans notre système de gouvernement, les tribunaux ont toujours pris part à la formulation de la politique de l'État. Au Canada, cette activité comporte un réseau complexe d'interactions entre les trois pouvoirs - le législatif, l'exécutif et le judiciaire -, dont les rôles ne peuvent être expliqués adéquatement par la théorie selon laquelle le législatif élabore les lois, l'exécutif leur donne un effet pratique et le judiciaire les applique à des cas particuliers. Dans nombre de domaines, les éléments fondamentaux de la politique sont déterminés non pas par un acte décisif du Cabinet ou par les législateurs, mais par la façon dont les administrateurs et les juges appliquent les lois au jour le jour et cas par cas(7). La constitutionnalisation de la Charte entraînera un déplacement considérable du pouvoir décisionnel des autres organes du gouvernement vers les tribunaux, et surtout vers la Cour suprême du Canada.

Selon le professeur Russell, l'interprétation de la Charte par les tribunaux présentera trois caractéristiques distinctes qui revêtent une grande importance politique. Premièrement, par suite des décisions définitives que la Cour suprême du Canada rendra sur l'application des dispositions de la Charte, certaines politiques pourraient être mises hors de la portée des deux paliers de gouvernement. Deuxièmement, l'interprétation de la Charte par la Cour suprême aura nécessairement un effet

---

(7) Peter H. Russell, "The Effect of a Charter of Rights on the Policy-Making Role of the Courts," Administration publique du Canada, vol. 25, 1982, p. 14-15.

centralisateur sur la politique de l'État au Canada; en effet, lorsque la Cour interprétera certaines dispositions de la Charte, notamment celles qui portent sur les droits à l'égalité, la liberté de circulation et d'établissement et les droits à l'instruction dans la langue de la minorité, elle établira des normes nationales dans des domaines d'activité qui relèvent des assemblées législatives provinciales. Troisièmement, dans l'application de la Charte, la Cour sera appelée non seulement à annuler des lois et des mesures du pouvoir exécutif, mais aussi à prescrire des mesures que le gouvernement devra prendre pour se conformer à l'interprétation judiciaire des dispositions de la Charte.

Les faits semblent confirmer jusqu'ici les deux dernières thèses sur le rôle du pouvoir judiciaire. Les tribunaux n'ont pas hésité à déclarer que des lois adoptées par le Parlement fédéral ou des assemblées législatives provinciales sont inconstitutionnelles parce qu'elles violent la Charte. Il semble donc qu'on puisse conclure sans risque d'erreur que les corps législatifs et les tribunaux s'occupent conjointement de définir et de protéger les droits des Canadiens.

ANNEXE A

Le tableau suivant présente les différences entre la Charte de 1982 et la Déclaration de 1960.

Charte des droits et libertés	Déclaration des droits
. L'emporte expressément sur les lois incompatibles (sous réserve de l'article 1).	. N'a pas primauté sur les lois incompatibles.
. S'applique aux gouvernements fédéral et provinciaux.	. Ne s'applique qu'au gouvernement fédéral.
. Ne prévoit aucune exception.	. Prévoit des exceptions (exemple: *Loi sur les mesures de guerre*).
. Offre des recours.	. Ne contient pas de clause sur les recours.
. Contient une clause dérogatoire, mais celle-ci s'applique uniquement aux articles 2 (libertés fondamentales) et 7 à 15 (garanties juridiques et droits à l'égalité); de plus, elle doit être invoquée de nouveau tous les cinq ans.	. Contient une clause dérogatoire générale.
. Garantit les droits démocratiques, la liberté de circulation et d'établissement et les droits linguistiques.	. Ne garantit pas ces droits et libertés.
. Ne garantit pas le droit de jouir de ses biens.	. Garantit le droit de jouir de ses biens.
. Offre de meilleures garanties juridiques, notamment pour les personnes accusées d'une infraction criminelle.	. Contient certaines garanties juridiques.
. Garantit davantage de droits à l'égalité.	. Garantit certains droits à l'égalité.

Backgrounder

BP-180E

Charter of Rights and Freedoms and the Bill of Rights: A Comparison

Bruce Carson
Law and Government Division

May 1988

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

89-05460/

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultations in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1989

Cat. No. YM32-2/180E

ISBN 0-660-13225-7

CE DOCUMENT EST AUSSI
PUBLIÉ EN FRANÇAIS

TABLE OF CONTENTS

	Page
INTRODUCTION	1
THE RIGHTS PROTECTED IN THE "BILL" AND THE "CHARTER"	1
A. Both Instruments in Force	1
B. Entrenchment	2
C. Application to Levels of Government	3
D. Limitation Clause	3
E. Override Power	4
F. Contents	5
1. Political Civil Liberties	5
2. Legal Civil Liberties	6
3. Egalitarian Civil Liberties	8
4. Language Rights	8
5. Scrutiny by the Minister of Justice	9
G. Conclusion	9
THE ROLE OF THE COURTS AND LEGISLATURES IN DEFINING RIGHTS	10

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS AND THE BILL OF RIGHTS: A COMPARISON

INTRODUCTION

This paper compares various aspects of the 1960 Canadian Bill of Rights with the 1982 Charter of Rights and Freedoms. The paper discusses the sections of the Bill of Rights which still seem to be in effect and the role of the courts in relation to the legislatures in defining rights in Canada.

THE RIGHTS PROTECTED IN THE "BILL" AND THE "CHARTER"

A. Both Instruments in Force

The Canadian Charter of Rights and Freedoms became part of the Constitution of Canada by virtue of the enactment of the Canada Act, 1982 by the Parliament of the United Kingdom. However, the Constitution Act, 1982, which contains the Charter of Rights and Freedoms, does not expressly repeal the Canadian Bill of Rights.[1] Some authors have argued, however, that the terms of the Charter which are similar to the terms of the Bill of Rights impliedly repeal those similar portions of the Bill of Rights.

---

(1) Stat. Can. 1960, c. 44.

Section 26 of the Charter provides some guidance in dealing with this question of whether the Bill of Rights is still in effect. Section 26 provides:

> The guarantees in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada.

This provision makes clear that the Charter is not to be regarded as expressly repealing the Canadian Bill of Rights. To the extent that rights or freedoms other than those guaranteed by the new Charter are guaranteed by the Canadian Bill of Rights, those other rights or freedoms remain in force. In other words, a person would be entitled to invoke the provisions of the Canadian Bill of Rights were they more favourable to him than those of the Charter.

Most of the provisions of the Canadian Bill of Rights have been reproduced in similar or broader language in the Charter. A close study of the Charter and the Bill of Rights indicates that there are no instances of actual conflict between the two instruments. This is, of course, not surprising as their purposes are so similar.

The effect of section 26 of the Charter seems to be to render of no force and effect those provisions of the Canadian Bill of Rights which purport to guarantee rights or freedoms and which are also contained in the Charter of Rights and Freedoms.

B. Entrenchment

The Charter is part of the Constitution so that it can be repealed or amended only by the process of constitutional amendment. This is explicit in section 52(3) of the Constitution Act, 1982, which provides that "amendments to the Constitution of Canada shall be made only in accordance with the authority contained in the Constitution of Canada." The Constitution of Canada is defined as including the Charter.

The effect of this is that the Charter may be amended only in accordance with the general amending procedure established by section 38(1), which requires resolutions by the federal Parliament and by the

legislatures of at least two-thirds of the provinces having a total of at least 50% of the population of the provinces.

The Canadian Bill of Rights, by contrast, was not entrenched in the Constitution. It was enacted by the federal Parliament in 1960, and can be repealed or amended in the same way as it was enacted, that is, by another ordinary federal statute.

C. Application to Levels of Government

A major difference between the Charter and the Bill of Rights is that the Charter is binding on both levels of government, whereas the Bill is binding only on the federal level. While the wording of the Charter makes it clear that it applies to both levels of government, it is difficult to tell from the wording of section 32(1) whether the references to "Parliament" and "legislature" suffice to make the Charter applicable to all bodies exercising statutory governmental authority. This may include, for example, ministers, officials, municipalities, school boards, universities and administrative tribunals. The courts, in their interpretation of the provisions of the Charter to this point in time, seem to have given a wide reading to this section so that the Charter does apply to these agencies exercising governmental power.

The Bill of Rights does not purport to apply to provincial legislatures or governments. Since it is only a federal statute, it could not in any case have been given much effect over provincial laws or practices. Also, the wording of the Bill makes it perfectly clear that private activity is excluded. This is not so with regard to the Charter of Rights. Court decisions in the main, however, have limited the application of the Charter to governmental activity.

D. Limitation Clause

The Charter, by section 1, provides as follows:

> The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be

> demonstrably justified in a free and democratic society.

This section enables Parliament or a legislature to enact a law which has the effect of limiting one of the guaranteed rights or freedoms, providing that the law is "reasonable" and can be "demonstrably justified in a free and democratic society." Only a judicial decision will settle conclusively whether a particular law has transgressed the Charter or was saved by the limitation clause. This clause is really directed to the courts, to aid them in formulating more precise definitions of the scope of the guaranteed rights and freedoms.

The Bill of Rights contains no limitation clause comparable to section 1 of the Charter. Most of the freedoms and, in particular, the guarantees of equality before the law, freedom of religion, freedom of speech, freedom of assembly and association, are expressed in unqualified terms. This follows the pattern of the American Bill of Rights, which also lacks an explicit limitation clause. But the courts did not interpret the guarantees of the Canadian Bill of Rights or the American Bill of Rights as absolutes. They recognized the necessity to limit them in pursuit of other widely shared values. Thus a guarantee of freedom of speech must be qualified to accommodate laws against sedition, obscenity, fraud, official secrecy, defamation, and the like. Therefore, the position without a limitation clause is not very different from the position with such a clause.

E. Override Power

The Charter, by section 33, expressly permits the federal Parliament or a provincial legislature to exempt a statute from compliance with certain provisions of the Charter. If the declaration as worded in the Charter is used in an Act, the Act operates free from the invalidating effect of that provision of the Charter referred to in the declaration. This has become known as the override power, as it overrides the Charter in the sense of exempting the Act containing the declaration from the provisions of the Charter referred to in the declaration. The existence of this power means that the government which wishes to enact a limit to a

guaranteed right or freedom has the power to do so. However, the section of the Charter giving the override power applies only to section 2, fundamental freedoms, and sections 7-15, legal rights and equality rights. As well, the declaration invoking the override power lasts for a period of only five years and would have to be renewed to continue in effect.

The Canadian Bill of Rights also provides an override power. The Bill, by section 2, applies "unless it is expressly declared by an Act of Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the Bill of Rights." This is a more wide-ranging override power as it applies to all the sections of the Bill and there is no need for Parliament to be specific as to the particular guarantees which are being overridden.

F. Contents (2)

1. Political Civil Liberties

The Charter, by section 2, guarantees: (a) "freedom of conscience and religion"; (b) "freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and media and other media of communication"; (c) "freedom of peaceful assembly"; and (d) "freedom of association." These provisions are more elaborately expressed than their counterparts in section 1 of the Canadian Bill of Rights, but they probably do not make any substantive change.

What is new in the Charter is a right of every citizen to vote in elections to the House of Commons and provincial legislative assemblies (section 3); a provision that no House of Commons and no legislative assembly shall continue for more than five years except in certain specified circumstances (section 4); and a provision that there must be a sitting of Parliament and of each legislature at least once every 12 months (section 5).

Also new to the Charter are the "mobility rights" of section 6 which provides: (1) a right of every citizen "to enter, remain in and to

---

(2) See Appendix A.

leave Canada"; (2) a heavily qualified right of every citizen "to move to and take up residence in any province" and "to pursue the gaining of a livelihood in any province."

The Canadian Bill of Rights, by section 1, guarantees freedom of religion; freedom of speech; freedom of assembly and association; and freedom of the press. These civil liberties appear to be fully covered by the new Charter so that there would be no occasion and probably no right to invoke the Bill for their protection. The Bill says nothing about "democratic rights" (voting and legislative bodies) or "mobility rights." These are fields which the Charter solely occupies.

2. Legal Civil Liberties

In the Charter, legal civil liberties are contained within sections 7 to 14. The Charter guarantees a long list of legal civil liberties, including protection from unreasonable search or seizure (section 8); protection from arbitrary detention or imprisonment (section 9); the right to fair procedures on arrest or detention (section 10) and of being charged with an offence (section 11); protection from cruel and unusual treatment or punishment (section 12) and from self-crimination (section 13); and of the right to an interpreter (section 14). Except for section 8, which is new, many of these provisions are similar to provisions in the Canadian Bill of Rights, and some of the Charter provisions relating to criminal procedure go farther than the Bill provisions.

The Bill of Rights, in section 2(a), contains a prohibition against the arbitrary "exile" of any person. The Charter contains no reference to exile. However, the Charter's mobility rights include the right of every citizen to enter, to remain in and to leave Canada. This provision would appear to preclude the exile of a citizen.

Section 2(e) of the Bill provides that no law of Canada shall:

> deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations.

The Charter contains no general right to a fair hearing for the determination of a person's rights and obligations. Section 7 of the Charter provides "that life, liberty and security of the person" may not be taken away "except in accordance with the principles of fundamental justice," but this section has no application where only economic interests are at stake. The other legal rights guaranteed in sections 8 to 14 of the Charter are often addressed to some aspect of a fair hearing, but most of them are applicable to criminal trials. A civil proceeding before a court or administrative tribunal is not subject to the requirement of a "fair hearing" or the application of "fundamental justice." This is a gap in the Charter and is, therefore, an area where the continued existence of the Bill is important. An adjudication authorized by federal law of a person's rights and obligations will continue to be subject to the requirement of "a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice."

A third legal right which is included in the Canadian Bill of Rights but omitted from the Charter is a "due process" protection of property. Section 1(a) of the Canadian Bill of Rights states:

> The right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property and the right not to be deprived thereof except by due process of law.

In a similar Charter provision (section 7), a reference to enjoyment of property has been omitted and the requirement of due process of law has been replaced by a requirement of the principles of fundamental justice.

The omission of property rights from the list of protected rights is significant. Aside from any guarantee in the Bill and the Charter, there is no requirement in Canadian constitutional law that compulsory taking of property be effected by a fair procedure or that it be accompanied by fair compensation to the owner. Section 1(a) of the Canadian Bill of Rights undoubtedly imposed a requirement of a fair procedure, and may also have imposed a requirement of fair compensation.

The due process clause in the 14th amendment of the United States Constitution, which protects "life, liberty or property" has been held to impose a requirement of fair compensation for property

expropriated. It is possible that Canadian courts would give the similar language of section 1(a) of the Bill a similar interpretation. The Charter, by contrast, provides no guarantee of even a fair procedure, let alone compensation, for the expropriation of property. This is another area where the continued existence of the Canadian Bill of Rights is important. It provides protection for property owners if property is to be taken or otherwise injuriously affected under the authority of federal law.

3. Egalitarian Civil Liberties

Both the Charter and the Bill contain equality rights sections. Section 15(1) of the Charter is more sweeping than section 1(b) of the Bill, as the Bill speaks only of equality before the law, whereas the Charter speaks of equality before and under the law, equal protection and equal benefit of the law. These various phrases have undoubtedly been included in the Charter to overcome restrictive interpretations placed upon the wording in the Bill of Rights by Canadian courts. Section 15(1) of the Charter also specifies more prohibited grounds of discrimination than section 1(b) of the Bill; such matters as age, and mental or physical disability are in the Charter but not in the Bill.

Section 15(2) of the Charter also explicitly recognizes that statutes can contain affirmative action clauses. The Bill of Rights makes no reference to affirmative action so that it is possible that certain kinds of affirmative action programs could have been held contrary to the Bill.

4. Language Rights

The Charter, in sections 16 to 23, protects the use of the English and French languages. These provisions make English and French the official languages of Canada and New Brunswick and provide for their use in institutions of the government of Canada and New Brunswick. A language provision which is of general application to all provinces is section 23, which confers upon the English and French linguistic minority in each province "the right to have their children receive primary and secondary

school instruction in that language in that province," provided that the numbers are sufficient to warrant the public provision of the instruction.

The Canadian Bill of Rights contains no language rights except for the right to an interpreter.

5. Scrutiny by the Minister of Justice

The Canadian Bill of Rights contains an interesting enforcement clause which has no counterpart in the Charter. Section 3 of the Bill requires the federal Minister of Justice to scrutinize all proposed federal statutes and regulations in order to ascertain whether any provision is inconsistent with the Bill, and it requires that "he shall report any such inconsistency to the House of Commons at the first convenient opportunity."

While only one report of inconsistency has ever been made, it can be assumed that legislative proposals were sometimes modified by the Department of Justice before they achieved their final form. The scrutiny of federal statutes and regulations by the Department of Justice will no doubt be one of the effects of the Canadian Bill of Rights which will survive the enactment of the Charter. Presumably, this scrutiny will be broadened to encompass possible violations of the Charter as well as the Bill, although there is no legal compulsion for this to be done.

G. Conclusion

As discussed above, the Charter leaves the Bill with very little work to do. However, in three respects, the Bill contains provisions which go beyond the Charter. These are:

(1) the Bill's imposition of the duty on the Minister of Justice to scrutinize proposed regulations and statutes and to report on compliance with the Bill;

(2) the Bill's requirement of a fair hearing for the determination of rights and obligations; and

(3) the Bill's protection of property rights through a due process clause.

THE ROLE OF THE COURTS AND LEGISLATURES IN DEFINING RIGHTS

The question of definition of rights, either by the courts or by the legislatures, in reality deals with the effect of a constitutionally entrenched Charter of Rights and Freedoms on the doctrine of parliamentary supremacy.

The doctrine of parliamentary supremacy as it exists in Canada was imported through the Constitution from Great Britain. In relation to rights and freedoms, parliamentary supremacy means in Great Britain that individual liberty has no constitutional protection. There is no fundamental law and there are no rights which are fundamental in the sense that they enjoy special constitutional and legal protection against interference by Parliament. The Magna Carta, the Petition of Right, the Act of Settlement, and the Bill of Rights can be changed or abridged by Parliament even though they deal with important principles underpinning British institutions. The main safeguards against the abuse of power by the government and Parliament are really not legally enforceable. They are the constitutional conventions and understandings whose observance depends upon the sense of fair play of ministers, the vigilance of the opposition and individual members of Parliament, the influence of a free press and of an informed public and the periodic opportunity of changing the government through free and secret elections. Therefore, in theory, Parliament can make any law whatsoever, no matter how seriously it curtails a cherished civil liberty.(3)

In Canada, this doctrine, until the coming into force of the Charter, applied but with certain important limitations. As Canada is a federal state, its Supreme Court, unlike Britain's highest court, may disallow a federal or provincial statute on the grounds that it is outside the jurisdictional authority of the enacting legislative body, as set down in the Constitution Act, 1867. Therefore, in Canada, Parliament and the provincial legislatures are each supreme within their specified areas of

---

(3) Anthony Lester, "Fundamental Rights: The United Kingdom Isolated?" Public Law, 1984, p. 47.

jurisdiction. With the advent of the Charter, which applies to both orders of government, a further check on parliamentary supremacy resulted: both new and old laws would not only have to be checked against the authority of the enacting legislature, but also with respect to their constitutionality against the protections set out in the Charter of Rights and Freedoms. Therefore, the Charter, as well as placing the judiciary squarely in the field of the protection of rights, raises an important question regarding its effect on the doctrine of parliamentary supremacy.

This question has resulted in a most interesting debate. The Constitution Act, 1982 provides that any law which is found to be inconsistent with the Charter is, to the extent of that inconsistency, of no force or effect. This, it is argued, will transfer ultimate public policy-making authority from Parliament to the judiciary, whose task it is to determine the inconsistency of laws in relation to the Charter.

The framers of the Charter attempted to deal with this argument in two remarkable sections. Section 1 allows a legislature to impose reasonable limits upon rights and freedoms, while section 33 allows legislatures expressly to declare that a statute may operate notwithstanding certain sections of the Charter. These are obvious attempts to achieve a balance between parliamentary supremacy and supremacy of the judiciary.

There seem to be three schools of thought as to the effect of the Charter on parliamentary supremacy. First, there are those who maintain that the Charter will have little or no effect on the relative roles of the judiciary and Parliament.(4) It is argued that the Supreme Court of Canada will not attempt to become involved in policy-making as the judges of that Court have consistently taken the position that it is more appropriate for the legislature to make ultimate policy choices. This conclusion is based on the reluctance of the Supreme Court of Canada to apply the "Bill of Rights" of 1960 to federal legislation. The Supreme Court attempted to justify its position by stating that the Bill should be

---

(4) Berend Hovius, "The Legacy of the Supreme Court of Canada's Approach to the Canadian Bill of Rights: Prospects for the Charter," McGill Law Journal, Vol. 28, 1982, p. 31.

given a narrow interpretation both because of its language and its status as a non-constitutional document. However, these reasons are simply seen as excuses for the non-interventionist role which the Court would have assumed in any event. Those who subscribe to this point of view contend that the judiciary, especially those judges who sit on the Supreme Court of Canada, view the legislature as the appropriate institution to make ultimate policy choices and to work out the necessary compromises between conflicting societal values. This attitude is generally consistent with the traditions of the Canadian legal system.

Professor William Lederman envisages a more activist view for the judiciary. He argues that the entrenchment of the Charter will result in independent courts and democratic legislatures becoming partners and not rivals as the primary decision-makers in a very complex process. This partnership is recognized by the placement of both sections 1 and 33 in the Charter. Together, the judiciary and the legislature will have essentially coordinate status and complementary functions. While Professor Lederman recognizes that the Charter will mean an increase in the power of the judiciary, he maintains that "these two institutions must continuously seek and find reasonable points of equilibrium between themselves in a spirit of partnership as they perform their respective functions."(5)

This thesis can be expressed in the following terms: the court's aim in statutory interpretation affecting the Charter will be "the ascertainment of the shared community experiences generated by the social policy prescribed as law by Parliament."(6) The policy-making role performed by the courts should conform to the goals being sought by Parliament. If the court decisions are genuinely based upon factors indicative of legislative policy, the courts will remain subordinate to Parliament.

---

(5) William R. Lederman, "The Power of the Judges and the New Canadian Charter of Rights and Freedoms," U.B.C. Law Rev. Charter Edition, 1982, p. 10.

(6) Leo Barry, "Law, Policy and Statutory Interpretation Under a Constitutionally Entrenched Canadian Charter of Rights and Freedoms," Can. Bar. Rev., Vol. 60, 1982, p. 237.

Therefore, the entrenchment of a Charter aids the courts because it sets out the fundamental values of the Canadian people and provides criteria for resolving statutory ambiguities. It also requires judges to scrutinize legislation in terms of its compatibility with fundamental values. Parliament will actually exercise more immediate control over judicial discretion because the Charter sets out policies which are to be applied as law. In this view, the Charter, rather than being a threat to the supremacy of Parliament, actually strengthens the ability of Parliament to control the development of law in conjunction with the judiciary.

Professor Peter H. Russell of the University of Toronto is typical of a third group who see the entrenchment of the Charter as a golden opportunity for the courts to become even more involved in policy-making to the point where their activity may in some instances supplant legislative policy-making. He points out that judicial policy-making has always been a built-in feature of our system of government. Policy-making in Canada involves a complex set of interactions among three branches of government - the legislature, the executive, and the judiciary - whose roles cannot be accounted for adequately by the theory that the legislature makes the laws, the executive gives them practical effect, and the judiciary applies them to individual cases. In many areas, the real core of policy is shaped, not by a decisive act of Cabinet or by the legislature, but by the way in which administrators and judges gradually give substance to laws day-by-day and case-by-case.(7) An entrenched Charter will result in a significant shift in policy-making authority from the other branches of government to the courts, and especially to the Supreme Court of Canada.

Professor Russell states that judicial interpretation of the Charter will have three distinct features of considerable political importance. First, definitive decisions on the application of the sections of the Charter by the Supreme Court of Canada could put certain policies

---

(7) Peter H. Russell, "The Effect of a Charter of Rights on the Policy-Making Role of the Courts," Can. Public Admin., Vol. 25, 1982, p. 14-15.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

beyond the reach of both levels of government. Second, the Supreme Court's interpretation of the Charter will necessarily have a centralizing impact on public policy in Canada. When interpreting some of its clauses, especially those pertaining to equality, mobility rights and bilingual education, the Court will be establishing national standards in policy areas which are subject to provincial legislative jurisdiction. Third, enforcement of a Charter entails not only judicial vetoes of legislation and executive actions, but also judicial ordering of actions which governments must take to meet the Court's understanding of the Charter's requirements.

To date, it would seem that the last two theories of judicial involvement seem to be fairly accurate. The courts have not been reluctant to declare that laws passed either by the federal Parliament or by provincial legislatures are unconstitutional on the basis that they violate the Charter. It would, therefore, seem to be safe to conclude that both the legislatures and the courts are involved in defining and protecting the rights of Canadians.

APPENDIX A

Below is a chart which demonstrates some ways in which the Charter differs from the 1960 Bill of Rights:

Charter of Rights and Freedoms	Bill of Rights
- Expressly overrides inconsistent statutes (subject to s. 1 of the Charter).	- Does not override them.
- Applies to federal and provincial governments.	- Applies only to the federal government.
- No exceptions specified.	- Exceptions specified (e.g., War Measures Act).
- Contains an enforcement clause.	- No enforcement clause.
- Contains *non obstante* clause, but only for sections 2 (fundamental freedoms) and 7-15 (legal and equality rights); in addition it must be reinvoked every five years.	- General *non obstante* clause.
- Guarantees democratic, mobility and language rights.	- Does not guarantee them.
- Does not guarantee property rights.	- Guarantees property rights.
- Expanded legal rights, especially for criminal defendents.	- Provides some legal rights.
- Expanded equality rights	- Provides some equality rights.